

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**
PARECER JURÍDICO



PROCESSO Nº 054/2022

PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2022

OBJETO – “contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e distribuição, na forma de cartão com chip de segurança, bem como as respectivas recargas de créditos mensais, para o vale alimentação dos servidores da FEMA”.

TIPO DE LICITAÇÃO – menor preço unitário (menos taxa de administração).

Em atendimento ao solicitado pela Exma. Sra. Diretora do Departamento de Licitações da Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, vimos exarar o presente **PARECER JURÍDICO**, em face da consulta nos encaminhada, no sentido da possibilidade de **ANULAÇÃO do PREGÃO**, tendo em vista que o Poder Judiciário, em sede de Mandado de Segurança concedeu medida Liminar **SUSPENDENDO** a licitação, em razão da existência de supostos vícios de ilegalidade (Processo 1000089-59.2023.8.26.0047).

A Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA informa ainda, que com a **SUSPENSÃO** do procedimento licitatório afetara diversos colaboradores que ficarão sem o abastecimento regular do cartão de alimentação, fato que acabará por resultar em sérios prejuízos e também de eventuais questões trabalhistas.

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

Assim, solicita-nos um parecer quanto a possibilidade de adotar as seguintes medidas em relação ao procedimento licitatório, tendo-se em vista que com a suspensão judicial do processo, fatalmente o julgamento de mérito levaria um tempo considerável, e certamente acarretaria prejuízos aos colaboradores da instituição:

** Revogação ou Anulação do procedimento licitatório, em razão do processo conter supostos vícios de ilegalidade, conforme reconhecido expressamente pela medida liminar concedida em sede de Mandado de Segurança;

** Abertura de um novo procedimento licitatório objetivando contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e distribuição, na forma de cartão com chip de segurança, bem como as respectivas recargas de créditos mensais, para o vale alimentação dos servidores da FEMA, desta vez sanando todas as irregularidades e ilegalidades apontadas pelo Judiciário;

Este é o resumo a descrição dos fatos.

**DA POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

A Lei 8.666/93, em seu **artigo 49**, estabelece que a autoridade competente, deve anular o procedimento licitatório, quando o mesmo contiver vícios de ilegalidade.

Senão vejamos:

“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”
(grifei)

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

No presente caso, a Liminar concedida no Mandado de Segurança nos leva a concluir que o procedimento licitatório em análise padece de vícios de ilegalidade, haja vista que foi determinada a sua suspensão, até o julgamento do mérito da segurança.

Conforme consta do **Edital no item 7.5:**

"7.5. No caso de empate entre duas ou mais propostas, será realizado sorteio para determinação do proponente vencedor, conforme previsto na Lei 8.666/93" (fls. 29)

A decisão judicial assim fundamenta ao decretar a suspensão do certame:

"A impetrante pretende a anulação do sorteio realizado no processo licitatório por não terem sido respeitados os arts. 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006 que estabelecem a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações.

(...)

No caso, não se ignora que o edital estabelece que "**no caso de empate entre duas ou mais propostas, será realizado sorteio para determinação do proponente vencedor, conforme previsão da Lei 8.666/93.**" (item 7.5 fls. 59). Todavia, tal previsão afronta diretamente os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima mencionado"

Assim, em nosso entendimento a **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório é perfeitamente possível, justamente em razão do processo conter vícios de ilegalidade.

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

Alerto que, caso seja adotada a providência de ANULAÇÃO do procedimento, deverá o MM. Juízo que apreciou o Mandado de Segurança ser devidamente informado.

**DA PROSSIBILIDADE DE ABERTURA DE NOVO
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

Com a anulação do procedimento licitatório na forma do Artigo 49 da Lei 8.666/93, **é perfeitamente possível a administração providenciar a abertura de novo processo licitatório**, contudo, deverá o mesmo estar de conformidade com a legislação e consequentemente deverão ser sanadas as irregularidades e ou ilegalidades que deram caso à concessão da medida liminar.

Assim, desde que devidamente justificada a necessidade da instituição em adquirir o produto, e respeitados todos ditames e prazos legais, poderá a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA providenciar a abertura de novo procedimento licitatório, com o mesmo objeto, apenas **devendo corrigir os vícios constantes do processo anterior, inclusive mudando a modalidade se for o caso.**

Segundo consta dos autos **todas as empresas apresentarão taxa zero em suas propostas** considerando para tanto as regras estabelecidas na **Lei 14.442/2022** que veda a formalização com taxa administrativa negativa.

Considerando que todas as empresas ofertaram a taxa mínima de 0,00% restou caracterizado o empate, e seguindo o critério de desempate **observadas regras do Edital (item 7.5 – fls. 29) e na legislação, foi realizado sorteio dentre todas as empresas, sagrando vencedora a empresa VEROCHECKE REFEIÇÕES LDA (fls. 702).**

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

A empresa Megavale Card inconformada impetrou Mandado de Segurança processado sob o no. 1000089-59.2023.8.26.0047, obtendo liminar que determinou a suspensão do Processo Licitatório por entender que a participação de **todos** os licitantes viola o direito de preferência de Empresas de Pequeno Porte e Microempresas (Lei Complementar 123/2006).

É certo que a mudança a legislação trouxe a discussão destes casos tanto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quanto ao Poder Judiciário.

Em recente julgamento no **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO** nos autos do processo **00005592.989.23-0** autuado visando o **Exame Prévio de Edital da Chamada Pública 001/2023 – Processo Licitatório 06/2023 do Serviços de Água e Esgoto de Pirassununga SAEP**, que tinha como objeto também a contratação de empresa especializada para administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale alimentação, em formato de cartão eletrônico, magnético merece destaque no meu modesto entendimento.

No suscitado processo o **CONSELHEIRO RELATOR DR. EDGARD CAMARGO RODRIGUES** na sessão de 12.03.2023, conforme consta de seu voto com muita propriedade **estabelece que:**

VOTO

“Advento da proibição de desconto ou deságio em taxas de administração de benefícios de vale alimentação e refeição – inicialmente por força da Medida Provisória no. 1.108, de 2022, posteriormente pela Lei 14.442/2022 – conduz à inevitável remodelação dos negócios jurídicos firmados pela Administração Pública por esse desiderato.

Uma vez fatalmente caracterizado o empate entre as propostas, todas elas com a oferta da denominada “taxa zero”, - neste caso, bem demonstrada pela Origem por meio de cotações obtidas na fase interna do procedimento – **compreensível a preocupação do**

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

gestou em relegar ao fator "sorte" a escolha do prestador do serviço, se processado o torneiro sob égide da Lei 8.666/93.

Ainda que sob a nova legislação, aliás, eventual desempate entre duas ou mais propostas não se afigura solução das mais praticáveis frente ao objeto pretendido.

Caracterizado aludido cenário, identifica-se possibilidade do uso do credenciamento, procedimento amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência e hoje assim expressamente definido na Lei 13.133/202: *processo administrativo chamamento público em que a Administração Pública convoca os interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados (art. 6º, XLIII).*

(...)

Há conferir, consoante informa o edital (ainda que regido pela legislação anterior), a redação do artigo 79:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**
licitação.

Ao abordar o inciso II, de interesse para o caso em apreço, Marçal Justen Filho elucidada:

“A segunda hipótese de cabimento do credenciamento envolve os casos em que a seleção do particular a ser contratado não é fundada em escolha a ser realizada pela Administração. Assim se passa nos casos em que a escolha não é de titularidade da Administração, mas de um terceiro – ainda que incumba à Administração promover a remuneração dele”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.1333/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1131).

É exatamente a situação que se apresenta para escrutínio desta Corte. Assim estabelece o Termo de Referência (Anexo II ao edital):

11.1. A contratação dar-se-á através do CREDENCIAMENTO.

11.2. Todas as empresas que atenderem os requisitos de Habilitação e que comprovarem a disponibilidade da rede credenciada serão contratadas/credenciadas.

11.3. As empresas credenciadas terão o prazo de 15 dias para apresentação da rede credenciada, previamente à assinatura do contrato.

11.4. No caso de mais de uma empresa credenciada, os beneficiários poderão escolher de qual delas irá receber os serviços.

11.5. Os critérios de escolha dar-se-ão da seguinte forma:

11.5.1. Caberá às empresas credenciadas

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

divulgarem seus benefícios de acordo com a expertise que tem do mercado em que atuam, para conquistarem adesão.

11.5.1.1. Os critérios diferenciadores entre as empresas devem ser submetidos aos próprios usuários, para que sejam selecionados de forma subjetiva e pessoal.

11.6. As credenciadas deverão encaminhar um link com acesso ao portal da própria empresa e disponibilizar um 0800 ou telefone para contato.

11.7. A divulgação para os beneficiários será livre e online, no próprio portal da empresa.

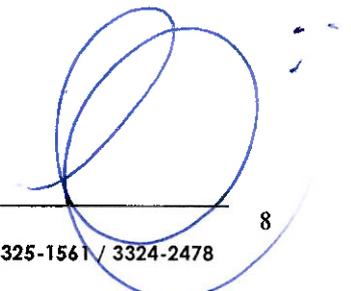
11.8. O prazo para divulgação e escolha da rede será de 05 (cinco) dias após homologação do credenciamento.

11.9. Após deliberação e escolha das empresas pelos beneficiários, será dada a publicidade nos veículos Oficiais.

11.10. Caso o beneficiário desejar trocar de empresa no período vigente do credenciamento, a solicitação deverá ser feita por escrito e justificativa e deverá em ser encaminhada para o Setor de Recursos para deferimento.

Portanto, uma vez preenchidos os requisitos de habilitação estabelecidos no edital, **tem-se a seleção do contratado a cargo do beneficiário direto da prestação**, subsumindo-se a hipótese ao conceito do artigo 79, inciso II, da Lei 14.133/21.

Em reforço, entendimento do Tribunal de Contas da União, citado no instrumento convocatório em exame como uma das justificativas para adoção de citado mecanismo de contratação:



CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

É possível a utilização de credenciamento (art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021), inclusive por empresas estatais, para contratação de serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição da licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2021.

Assim, na esteira de manifestação do Ministério Público, creio restar configurada, nestes autos, contingência adequada para propor ao Egrégio Plenário alteração do entendimento até então esposado por esta Corte sobre o tema, liberando-se a Origem para prosseguir com o certame tal como originariamente concebido, sem embargo de incorporar as pertinentes sugestões do órgão ministerial a título de recomendação.

Registro que não vislumbro impedimento de citada solução pelo fato de o edital em exame ser regido pela Lei nº 8.666/93, sobretudo porque a Lei nº 14.133/21 eleva a panorama legislativo conceitos já amplamente reconhecidos por doutrina e jurisprudência, não havendo cogitar eventual antinomia ou aplicação conjugada dos dois diplomas.

Afasto, outrossim, pecha de subjetividade aventada pela representante Verocheque, vez que a escolha da prestadora dos serviços depende de critérios sob alçada dos beneficiários, não cabendo à Administração interferir sobre os elementos volitivos norteadores da decisão por este ou aquele credenciado.

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

Da mesma forma, açoitado presumir, nessa fase do procedimento, fortuita ocorrência de transtornos para a unidade administrativa responsável pela gestão dos benefícios, tema de cunho discricionário afeto à execução da avença.
(grifamos)

Assim sendo segundo meu entendimento, a partir da vedação à prática do deságio nas taxas de administração, imposta pela Lei 14.442/2022 e Decreto 10.854/2021, decorre necessariamente o empate entre as empresas interessadas, se adotado o critério de julgamento do menor preço, a ser resolvido por sorteio, inviabilizando a competição do certame.

Oportuno destacar que o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO recentemente reputou devido o credenciamento para contratação de serviços de gerenciamento e fornecimento de auxílios/vales alimentação e refeição que pedimos vênica para transcrever:

“É possível a utilização de credenciamento (art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021), inclusive por empresas estatais, para contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição a licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2021.” (TCU. Enunciado no Acórdão 5495/2022-Segunda Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, sessão de 13/9/2022 – Informativo de Licitações e Contratos nº 445 de 4/10/2022)

Com efeito, tem ainda o entendimento pela possibilidade do processamento do certame sob a modalidade do credenciamento, a ser adotado no edital, para estabelecer que a escolha dentre as empresas credenciadas caberá aos servidores beneficiários, amoldando-se à hipótese prevista no artigo 79, inciso II da Lei 14.133/21

CARLOS ALBERTO MARIANO
RENATA DALBEN MARIANO
**ADVOGADOS
ASSOCIADOS**

Assim, e com o devido respeito, considero **legítima a opção pelo credenciamento de empresas para o fornecimento de vales alimentação/refeição na abertura de novo procedimento licitatório.**

DA CONCLUSÃO

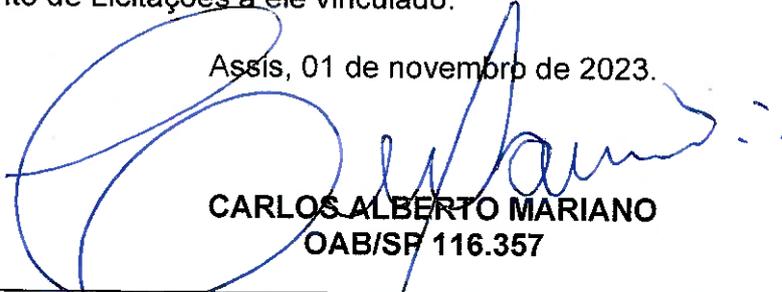
Ante todo acima exposto, bem como da documentação ora apresentada, somos do **PARECER** no sentido de que:

**** a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, poderá proceder a ANULAÇÃO com fundamento na Lei 8.666/93 em seu artigo 49 e Súmula 473 - Supremo Tribunal Federal do Procedimento Licitatório acima referenciado, justamente por conter o mesmo, vício de ilegalidade, conforme declarado expressamente pelo Poder Judiciário. Alertando que a ANULAÇÃO deverá ser precedida de justificativa fundamentada;**

**** Poderá Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA realizar a abertura de novo procedimento licitatório, contendo o mesmo objeto, e desta vez eivado dos vícios de ilegalidade apontados pelo judiciário, inclusive, mudando se assim entender a possibilidade do processamento do novo certame sob a modalidade do credenciamento, a ser adotado no edital, para estabelecer que a escolha dentre as empresas credenciadas caberá aos servidores beneficiários. Lembrando também que a abertura de novo procedimento deverá estar devidamente justificada;**

Este é o nosso parecer, lembrando que o mesmo, expressa a opinião particular e pessoal de seus subscritores, não estando, portanto, o Exmo. Sr. Diretor Executivo bem como a Exma. Sra. Diretora do Departamento de Licitações a ele vinculado.

Assis, 01 de novembro de 2023.


CARLOS ALBERTO MARIANO
OAB/SP 116.357